L'harmonisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA - Synthèse des travaux

Joseph Issa-Sayegh

▶ **To cite this version:**

Joseph Issa-Sayegh. L'harmonisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA - Synthèse des travaux. Revue juridique de l'Océan Indien, 2010, 11, pp.81-87. hal-02544459

HAL Id: hal-02544459
https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544459

Submitted on 16 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Synthèse des travaux

Joseph ISSA-SAYEGH

Professeur de droit aux universités de Nice (France), Abidjan (Côte d'Ivoire) et Dakar (Sénégal)

La synthèse des communications prononcées et des débats qui les ont entourées lors d'un colloque est un exercice toujours réducteur et embarrassant. J'espère ne pas trahir les propos tenus par les intervenants de cette journée par mon résumé et propose pour guider sa présentation de suivre le plan qui nous est offert par l'intitulé de ce colloque en abordant les deux interrogations qu'il contient implicitement :

- l'expérience de l'OHADA est-elle d'actualité dans l'espace de l'Océan Indien ?

- quelles sont les perspectives envisageables d'une telle expérience dans cet espace?

I.- L'actualité

La situation actuelle de l'œuvre unificatrice du droit des affaires par l'OHADA à travers son Traité et ses Actes uniformes doit se mesurer et s'apprécier par rapport à la pertinence des deux objectifs que cette organisation a cherché à atteindre lors de sa création : la sécurité juridique et la sécurité judiciaire.

A.- La sécurité juridique

Cette sécurité est recherchée, voire réalisée, par la création d'un espace juridique commun destiné à effacer les inconvénients du passé et à remettre toutes les législations à niveau.

1. *L'uniformisation du droit des affaires élimine quelques défauts importants inhérents à la diversité des législations antérieures.*

Elle supprime les conflits de lois qui sont toujours des facteurs de complexité d'un procès, de ralentissement de son dénouement, d'alourdissement de son coût et sources d'aléas ou d'incertitudes quant à la solution ; cet inconvénient s'était considérablement aggravé avec

la « balkanisation » du droit des affaires qui avait suivi l'indépendance des pays africains concernés par l'OHADA.

Elle procure aux acteurs économiques une connaissance rapide et constante du droit des affaires en vigueur par la publication des textes unifiés dans un seul journal officiel consultable en un endroit unique et identifié (le Secrétariat Permanent), avantage considérable par rapport au passé où la publication des journaux officiels était irrégulière, voire inexistante dans certains pays.

Ces deux premiers avantages facilitent les échanges entre les entreprises et entre elles et leurs clients, de même qu'ils leur permettent de définir avec clarté et sérénité leurs stratégies d'implantation dans l'espace juridique unifié.

.

2. L'uniformisation du droit des affaires supprime les lacunes inhérentes à la disparité des législations antérieures.

Les Actes uniformes sur le droit commercial général, les sociétés commerciales, les procédures collectives, les sûretés, les voies d'exécution, pour ne citer que ceux qui ont été présentés aujourd'hui par les Professeurs LOIR, BERNARD-MENORET et ZATTARA-GROS, sont venus combler des lacunes législatives énormes pour de nombreux pays, dont certains à l'économie prospère (Côte d'Ivoire, par exemple), qui en étaient restés aux lois civiles et commerciales léguées par la puissance coloniale au lendemain des indépendances et datant de la fin du 19ème et du début du 20ème siècles.

Le témoignage du rapporteur AHAMADA DJAE sur les Comores illustre bien cette situation de retard sur les législations aggravée par l'impossibilité de retrouver les textes du droit colonial français encore en vigueur et la renaissance du droit et du monde des affaires à partir de 1998.

Quant au fond, ils offrent des normes adaptées à la situation économique interne des Etats membres. A ceux qui font remarquer que le droit OHADA n'a pas suivi les dernières évolutions ou innovations du droit continental, on peut opposer que l'essentiel est que son état actuel est une réussite technique et sociologique qui donne satisfaction à une très grande majorité des personnes interrogées (96% selon le Professeur CABRILLAC) et que le succès n'est pas nécessairement dans le suivisme : à chaque espace juridique ses propres exigences et solutions. Les responsables de l'OHADA peuvent être satisfaits de ce que, bien qu'inspiré du droit français, le droit OHADA s'en détache par beaucoup d'innovations et de simplifications.

Outre la remise à jour du droit des affaires, la rédaction sobre, précise et moderne des Actes uniformes procure à leurs utilisateurs une lecture et une compréhension plus aisées.

Sur le fond et la forme, ces Actes constituent donc un apport considérable à la modernisation du droit des affaires de ces pays même si et surtout parce qu'une campagne d'évaluation et de révision de leurs dispositions, entreprise après dix ans d'application et financée par la Banque mondiale, est sur le point d'aboutir.

La suppression des vides juridiques, l'innovation apportée par les textes et leur révision périodique programmée et financée par les bailleurs de fonds sont une garantie de la constante actualité des Actes uniformes.

B.- La sécurité judiciaire

1. Bien que ce second objectif n'ait pas été évoqué par les intervenants durant cette journée d'études, il paraît opportun et important d'en parler. Il a été confié à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), compétente pour connaître des pourvois en cassation avec pouvoir d'évocation du fond, après cassation, dans toutes les matières régies par les Actes uniformes. Cette juridiction assure ainsi l'unification de l'application et de l'interprétation du droit OHADA des affaires et toutes ses décisions sont obligatoirement publiées dans un Recueil semestriel, ce qui en rend la diffusion largement possible par la CCJA elle-même, surtout qu'elle est relayée par la revue Juris-Ohada (publication ivoirienne du CNDJ, Centre national de documentation juridique) et le site Ohada.com d'accès libre et gratuit, création de l'UNIDA (Association pour l'unification du droit en Afrique).

Ce monopole est mal vécu par les Cours suprêmes nationales qui n'hésitent pas à connaître des pourvois en cassation en droit uniforme des affaires dirigés vers elles grâce à la connivence des plaideurs, connivence dans laquelle on peut voir une « convention d'attribution territoriale de compétence » pragmatique sans doute mais peu licite et critiquable surtout si la Cour suprême nationale ne la censure pas.

2. En outre, en première instance et en appel, les litiges sont portés devant les juridictions nationales du fond, ce qui peut générer des divergences d'application et d'interprétation entre elles et avec la CCJA. Fort heureusement, la recherche d'une publication aussi abondante que possible des décisions de ces juridictions sur le site Ohada.com et par le Secrétariat permanent permet de révéler ces divergences et d'attirer ainsi l'attention de ces juridictions du fond sur elles pour y remédier.

Faisons remarquer que pour échapper à ces inconvénients inhérents à la compétence judiciaire des juridictions du fond de première instance et d'appel, l'OHADA a créé un remède et une parade :

- le remède consiste en la création d'une Ecole régionale de magistrature (ERSUMA) basée à Porto Novo et chargée d'assurer la formation initiale et la formation continue des magistrats et des auxiliaires de justice dans tous les droits uniformes des affaires (OHADA, OAPI, CIMA, UEMOA, CEMAC…).

- la parade est constituée par l'encouragement des plaideurs à recourir à l'arbitrage à travers deux instruments : un Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et l'érection de la CCJA en Centre d'arbitrage.

La conclusion de ce premier volet de synthèse est que l'espace d'intégration juridique OHADA a été conçu et créé pour satisfaire les besoins de sécurité juridique et judiciaire tels que décrits plus haut, d'autant plus nécessaires que cet espace juridique correspond à l'espace d'intégration économique, monétaire et linguistique qu'il constitue déjà par ailleurs (du moins pour les Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC qui sont au nombre de 13 sur les 16 Etats parties).

II.- Les perspectives

On est en droit de se demander quel peut être l'avenir de l'OHADA dans l'Océan Indien sur la base des articles 2 et 53 du Traité qui autorisent une extension matérielle indéfinie des Actes uniformes et une extension sans limites des Etats par une adhésion largement ouverte. Cette interrogation concerne également les pays de l'Océan Indien soit qu'ils songent à adhérer à l'OHADA soit qu'ils envisagent de la prendre comme modèle.

A.- Extension indéfinie des Actes uniformes

Selon l'article 2 du Traité OHADA, la compétence de l'OHADA concerne le droit des affaires non défini par une formulation scientifique et synthétique mais illustré par une énumération de plusieurs matières, cette liste indicative pouvant être augmentée d'autres disciplines par décision spéciale prise à l'unanimité par le Conseil des ministres.

A vrai dire, l'extension de l'uniformisation à toutes les matières du droit dit « des affaires » n'est pas sans limite. Elle se heurte à des obstacles inhérents aussi bien à des Actes uniformes existant déjà qu'à ceux en préparation actuellement.

Ainsi, *certains Actes uniformes déjà entrés en vigueur* empiètent sur des lois uniformes d'autres organisations internationales à compétence sectorielle ayant le même champ territorial d'application. Ainsi les Actes uniformes sur les sociétés commerciales et sur les procédures collectives entrent en concurrence avec les Règlements ou lois uniformes émanant de l'UEMOA et de la CEMAC sur les banques et établissements financiers ou de la CIMA sur les assurances à propos de leurs constitution, fonctionnement, dissolution, liquidation, statut des dirigeants… ce qui conduit à considérer que le droit uniforme constitue le droit commun sur ces questions et les autres des règles particulières dérogatoires au droit commun. Cette problématique signale la nécessité de concertation entre toutes ces organisations pour l'élaboration d'un droit uniforme dans de tels domaines.

Les Actes uniformes en préparation révélés par le Professeur MANCUSO sont nombreux (Droit du travail : 299 articles ; droit des sociétés coopératives et des mutuelles : 317 articles ; droit des obligations et du contrat ; droit de la consommation…) Leur nombre témoigne de la vitalité de l'OHADA mais soulève des difficultés qu'il ne faut pas mésestimer.

Ainsi, l'Acte uniforme sur le droit du travail, en chantier depuis de nombreuses années n'est pas encore adopté pour plusieurs raisons :

- l'élaboration de ce droit nécessite une collaboration tripartite (Etat-Syndicats des salariés-Syndicats des employeurs) comme l'exige l'OIT, ce qui alourdit la procédure et rend très difficile, voire impossible, un consensus total ou large sur les textes ;

- le contenu de ce droit, s'il est de nature économique à certains égards, est aussi largement social (représentation du personnel ; syndicat ; œuvres sociales…), donc politique, ce qui ne facilite pas l'accord entre les Etats parties ;

- le champ de ce texte n'eût-il pas été plus facile à maîtriser et à construire uniformément s'il n'avait concerné que le droit du contrat individuel de travail et le régime juridique des conventions collectives ?

L'Acte uniforme sur le droit des obligations et du contrat suscite une difficulté quant à son application ratione materiae du fait qu'il est destiné à constituer la théorie générale des obligations et du contrat et, de ce fait, applicable aussi bien aux engagements commerciaux que civils, ce qui drainerait tout le contentieux des obligations et des contrats vers la CCJA qui serait vite débordée tandis qu'inversement les Cours suprêmes nationales s'en trouveraient dessaisies. La leçon qu'il faut en tirer est que le droit des affaires étant un droit spécial, il est dangereux de l'ériger en droit général dans un domaine particulier chevauchant le droit civil et le droit commercial à, la fois.

L'Acte uniforme sur les sociétés coopératives et les mutuelles est-il nécessaire dans la mesure où ces groupements reposent sur des communautés socio-professionnelles de dimension nationale sans liens juridiques nécessairement (ou si peu) avec les autres Etats qui puissent justifier une uniformisation des législations.

Quant aux visées annoncées d'uniformisation sur le droit bancaire, la propriété intellectuelle, le droit des assurances, quel serait l'intérêt de les réaliser alors que des organisations compétentes sectoriellement pour ces domaines existent et fonctionnement déjà dans le même périmètre territorial que celui de l'OHADA (UEMOA et CEMAC, OAPI, CIMA…). Tout au plus, il serait envisageable d'obtenir (par révision du Traité) l'extension de la compétence de la CCJA au contrôle de l'application des textes uniformes qui les portent mais au prix de quelle réaction des Cours suprêmes nationales ainsi dépouillées?

B.- Extension territoriale de l'OHADA

L'article 53 du Traité OHADA permet à tous les Etats africains d'y adhérer sans restriction et aux autres avec l'accord de tous les Etats membres, cette adhésion emportant l'acceptation totale et sans réserves du Traité et de tous les Actes uniformes.

Ce vœu ou cet appel est-il réalisable, voire réaliste ? On peut en douter si on recense et mesure les obstacles techniques et culturels à une extension territoriale exagérée par la voie de l'adhésion. Toutefois, rien n'interdit aux Etats, séduits par les Actes uniformes de l'OHADA, de les accueillir en les incorporant tels quels ou moyennant des adaptations nécessaires.

1. Les obstacles techniques résident dans le fait qu'avec l'afflux de nouveaux Etats à l'OHADA, le nombre des membres et des personnels de ses organes de fonctionnement (Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement, Conseil des ministres, Cour commune de Justice et d'arbitrage, Secrétariat permanent, Ecole Régionale de la Magistrature, Collège des experts) vont augmenter de façon exponentielle alourdissant ainsi leurs fonctionnements et les charges financières de l'Organisation.

Le nombre de langues de travail s'en trouvera également accru entraînant des charges financière d'interprétariat et de traduction, des lenteurs dans le travail, des risques de divergence entre les textes traduits….

Il n'est pas sûr que l'OHADA gagne en efficacité à voir le nombre de ses Etats membres s'accroître. Acceptera-t-elle cette extension ? Voire, doit-elle la rechercher?

2. Les obstacles culturels ne sont pas moindres. Comment combiner et concilier des législations ayant des concepts et des normes différents, voire opposés ? Certes, pour l'heure, les pays de tradition juridique non francophone (Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Cameroun occidental…) sont peu nombreux et s'accommodent parfaitement de la législation uniformisée

Ohada. D'autant mieux qu'ils appartiennent au système de droit continental ou de droit romano-germanique.

Pourtant, il nous a été rapporté par Emmanuel CHESAMI qu'au Cameroun, pays de droit mixte, il existe une parfaite symbiose entre les normes du droit inspiré du droit français et celles d'inspiration de la Common Law. Sans vouloir mettre en cause la sincérité de cette affirmation, on peut se poser la question de savoir si cette symbiose provient de ce que les normes concernées portaient sur des points de droit que l'OHADA a uniformisés, ce qui, en soi, n'a rien d'étonnant puisque c'est le résultat voulu et obtenu par le principe de la supranationalité ou de ce que, en dehors des domaines non uniformisés, les juristes appartenant aux deux systèmes se sont employés à réduire leur contrariété ou leur incompatibilité, ce qui serait une performance à offrir en exemple et modèle aux pays se trouvant dans la même situation dans l'Océan indien.

A ce propos, on peut évoquer l'exemple de l'Ile Maurice dont les représentants madame LEBRASSE-RIVET et monsieur GUNPUTH soutiennent vigoureusement avoir réussi une synthèse harmonieuse et complémentaire des systèmes juridiques français et anglo-saxon et ne souhaitent pas rejoindre le cercle des Etats parties de l'OHADA dont ils craignent (à tort peut-être, nous semble-t-il) que ses Actes uniformes freineraient ou empêcheraient leurs performances économiques. Seul un inventaire exhaustif textes Ohada, un par un, disposition par disposition, permettrait de décider si le droit uniforme des affaires de cette organisation mérite qu'on s'y intéresse ou non.

3. L'adoption et l'adaptation du droit uniforme OHADA ne sont pas impossibles pour les pays séduits par le contenu des textes Ohada, soit séparément soit au sein d'une union organisée. Maître RANDRANTO nous indique que Madagascar a déjà procédé de la sorte pour ce qui est du droit des sociétés et des sûretés. Il en est ainsi, semble-t-il des pays qui ne veulent pas se lier à une organisation internationale et profiter d'une législation « clés en mains » immédiatement applicable et adaptée ou adaptable à leurs besoins. On peut songer qu'il pourrait en être ainsi de la Mauritanie, proche de la zone OHADA.

****

Quelle conclusion tirer de nos communications et débats de cette journée consacrée à l'OHADA dans l'océan Indien, autrement dit en quoi l'OHADA est-il attractif et mérite qu'on y adhère ou qu'on s'y intéresse ?

Il me semble que la réponse ne peut être donnée spontanément. Une démarche raisonnée et complexe doit la précéder et consister en l'analyse des besoins des pays de cette région en matière de sécurité juridique et judiciaire pour déterminer si la création d'un espace juridique uniforme leur convient et selon quels moyens et procédures ils peuvent le réaliser, notamment par une adhésion à l'OHADA ou par la création d'une autre Organisation internationale entre eux.

La réponse à cette question finale doit être basée sur le pragmatisme dans la manière de poser et résoudre les questions élémentaires suivantes (la liste n'est pas exhaustive) qui sont le soubassement de la précédente :

- entre quels pays est-il nécessaire de faciliter les échanges commerciaux et l'implantation des entreprises, donc les investissements ?

- est-il nécessaire de créer un espace juridique unique entre eux pour instaurer uniquement la sécurité juridique ou faut-il également instaurer la sécurité judiciaire ?

- une ou des lois uniformes sont-elles nécessaires pour les faciliter ?

- ces lois uniformes doivent-elles être élaborées au coup par coup ou dans un programme défini préalablement ?

- doivent-elles être élaborées dans le cadre d'accords internationaux séparés ou dans le cadre d'une organisation internationale déjà existante ou à créer spécialement à cet effet comme le suggère le professeur CISTAC ?

- une adhésion à l'OHADA est-elle possible et souhaitable ? ne peut-on se contenter d'introduire le droit Ohada en droit interne sans une telle adhésion ?

- sans obligation nécessaire d'y adhérer, le modèle de l'OHADA peut-il être suivi et dans quelle mesure ?